

Princípios constitucionais *interna corporis* do direito processual: ressignificação no novo Código de Processo Civil brasileiro

Interna corporis constitutional principles of procedural law: resignification in Brazilian's new Code of Civil Procedure

Saulo Gonçalo Brasileiro¹

Resumo:

O presente artigo versa sobre a aplicação de princípios constitucionais para a boa utilização do novo Código de Processo Civil. Tem como objetivo demonstrar que, à luz da novel interpretação sistemática, alguns destes princípios obtiveram novos significados, fruto de um novo Processo Civil que está se desenvolvendo no Brasil. As interpretações com base em previsões constitucionais, como resta provado, previne a jurisprudência defensiva, em prol de um processo que tenha maior rendimento, em busca de decisões de mérito e não em juízo de admissibilidade. Assim, pretendo analisar os novos contornos de princípios constitucionais de alta envergadura para compreender o novo sistema processual, de modo que não haverá interpretação que não passe pela Constituição, no Processo Civil democrático.

Palavras-chave:

princípios constitucionais; processo civil; hermenêutica jurídica.

Abstract:

The current article discusses the enforcement of constitutional principles for good usage of the new Civil Procedure Code. It has an objective of demonstrating that, in the light of the novel systematic interpretation, some of these principles gained new meaning, due to a new Civil Procedure that is being developed in Brazil. The interpretations

¹ Estudante da Faculdade de Direito do Recife

based on constitutional prefiguration, prevents defensive jurisprudence, so that the process has a better productivity, in search of decision on the merits, not on legal admissibility. Hence, I intend to analyse the new outlines of high scale constitutional principles to understand the new procedural system, so that there will be no interpretation that does not go through the Constitution, in democratic Civil Procedure.

Keywords:

constitutional principles; civil procedure; legal hermeneutics.

INTRODUÇÃO

*Lasciate ogni speranza, voi ch'entrate*². Esta frase de *A Divina Comédia*, de Dante Alighieri, pode muito bem traduzir alguns sentimentos para com o novo Código de Processo Civil e sua distinta sistemática. Penso ser isso possível por uma série de distintos motivos, dentre os quais considero o mais importante o fato de ser o primeiro Código Processual num regime efetivamente democrático, porquanto os códigos anteriores foram de 1939 e 1973, momentos de Estado social³.

Contudo, não há motivo para temer. Muito embora o CPC de 2015 seja de um regime efetivamente democrático, a Constituição Federal já nos colocou dentro da ambiência da democracia e do Estado Constitucional de Direito (*Verfassungsstaat*). Lamentavelmente, porém, vive-se num momento de profunda “desconstitucionalização do direito”⁴

Assim, o novel código é um oásis no deserto. Um pingo de esperança. A evidência mais chocante desse fato se encontra no Capítulo I, do Título Único, do Livro I do CPC-2015: *das normas fundamentais do processo civil*.

Como fica evidente, a legislação processual passa a reproduzir preceitos constitucionais e legais no bojo do *codex*, em sua parte inicial, como se estabelecendo

² Tradução livre: “Abandonai toda a esperança, vós que entraís.”

³ Além disso, a Comissão do novo Código de Processo Civil, sob o brilhante comando do Ministro Luiz Fux, buscou tornar real o ideal da razoável duração do processo, que está esculpido na Constituição Federal, mas que a “morosidade” judiciária terminava por não admitir que isso acontecesse. Dessa forma, pode-se afirmar que o CPC-2015 bebe muito da fonte do acesso à justiça. Nesse sentido, Luiz Fux afirma que “A ideia de que 37 (trinta e sete) anos depois do Código de 1973 impunha-se elaborar um novo ordenamento, atento aos novos reclamos eclipsados na cláusula constitucional da “duração razoável dos processos”, a Comissão, à luz desse ideário maior, entendeu erigir novéis institutos e abolir outros que se revelaram ineficientes ao longo do tempo, com o escopo final de atingir a meta daquilo que a genialidade do processualista denominou de uma árdua tarefa para os juízes: ‘Fazer bem e depressa’.” (FUX, 2014, p. 266)

⁴ Termo que utilizo para indicar não o movimento contrário àquele da constitucionalização, muito recente, de modo a possivelmente indicar que voltou a se observar a lei *per se*, e não interpretando conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*). A bem da verdade, utilizo-me dessa nomenclatura para constatar o fato da Lei Maior ser ignorada em pleno ápice da constitucionalização! Isso fica muito mais visível na seara do Processo Penal, onde as garantias mais básicas terminam por serem ignoradas com base, não raro, na noção de *pas de nullité sans grief* (ironicamente, muitas vezes o réu é condenado – *sans grief*?).

parâmetros inarredáveis de todo o Processo Civil. Seu antecessor, por sua vez, já iniciava no Processo de Conhecimento, de modo que as “*normas fundamentais*” ficavam esparsas, diluídas em todo o corpo do Código, talvez tão diluídas que não notadas. A título exemplificativo, podemos observar a famigerada *jurisprudência defensiva*, que obsta(va) a efetiva prestação jurisdicional, mormente nos Tribunais Superiores⁵⁻⁶.

A constatação não é apenas minha. Com acuidade, preleciona Fredie Didier Jr. (grifei):

Embora se trate de uma obviedade, é pedagógico e oportuno o alerta de que as normas de direito processual civil não podem ser compreendidas sem o confronto com o texto constitucional, sobretudo no caso brasileiro, que possui um vasto sistema de normas constitucionais processuais, todas orbitando em torno do princípio do devido processo legal, também de natureza constitucional.

⁵ Por exemplo, a Súmula 418 do Superior Tribunal de Justiça assim está enunciada: “*É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.*” Nesse sentido veio, em boa hora, o art. 1.024, §5º, do CPC-15, *verbis*: “*Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.*” O entendimento do STJ era um óbice enorme à prestação jurisdicional plena e tinha o fito, *data venia*, apenas de reduzir o número de processos a serem julgados. Afinal, os aclaratórios raramente têm efeito infringente (modificativo) da decisão embargada, porquanto não é seu objetivo um novo julgamento da matéria, mas corrigir eventuais obscuridades, contradições e omissões. Inafastável a conclusão de que, em não havendo efeito infringente, a decisão permanecerá substancialmente a mesma, de modo que a exigência de ratificação é um formalismo excessivo que não encontra espeque na Constituição Federal, quando esta prevê o direito à apreciação jurisdicional como cláusula pétrea. Assim, com o novo Código, dever-se-á ter como superada a Súmula em questão.

⁶ Nesse jaez, a análise de Teresa Arruda Alvim Wambier é acurada: afirma ela que o novo Código tem a pretensão de fazer com que o processo “renda mais”, de forma a resolver integralmente a controvérsia, isto é, com decisões de mérito, e não meramente de inadmissibilidade. No bojo dos recursos, afirma a ilustre autora: “*No plano dos recursos, houve também um número considerável de modificações com esta finalidade. Claro, muitas delas, se analisadas isoladamente, podem levar a que se afirme, equivocadamente, que o Judiciário teria “muito mais trabalho”. Mas sob a ótica macro, esta sobrecarga, que, de fato, existe, compensa. Exemplo expressivo de alterações do sistema que tiveram esta finalidade são as novas regras que dizem respeito aos recursos especial e extraordinário. Veja-se o art. 1.029, § 3º, do NCPC em que está dito, com toda a clareza possível, que defeitos formais não graves não devem impedir a apreciação do mérito do recurso. Devem ser desconsiderados ou corrigidos. Alude-se a “recurso tempestivo”, para que não se tenha dúvida de que a tempestividade é requisito de admissibilidade que não se pode dispensar.*” (WAMBIER, 2016, p. 189)

Ele é claramente uma tomada de posição do legislador no sentido de reconhecimento da força normativa da Constituição.

E isso não é pouca coisa. (DIDIER JR., 2016, p. 49)

Existem várias afirmações de suma importância que Fredie Didier Jr. aponta. A mais evidente é a de que existem normas processuais na Carta da República. Não se trata de novidade alguma para o processo civil. Em compensação, é bastante recente a noção de forma normativa da Constituição (*Vorherrshat der Verfassung*), levando sempre em conta a superioridade das normas constitucionais.

Com a palavra, Luís Roberto Barroso:

Com a reconstitucionalização que sobreveio à 2ª Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado. Inicialmente na Alemanha e, com maior retardo, na Itália. E, bem mais à frente, em Portugal e na Espanha. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do status quo.

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada. (BARROSO)

O título do trabalho do ilustre jurista não autoriza qualquer sorte de tergiversação no assunto. Não só o triunfo do Direito Constitucional fora tardio, como o do Brasil mais ainda. A Constituição Federal passou a ser efetivamente uma *norma jurídica*, dotada de todas as características que uma norma tem, com a peculiaridade de ser a *norma suprema*. Mesmo isso, porém, não foi suficiente, pois (grifei) “o fato é que as especificidades das normas constitucionais (v. *supra*) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de **princípios aplicáveis à interpretação constitucional.**” (BARROSO)

Quer dizer, a normatividade da Constituição passa a se expressar, igualmente, por meio de princípios, em conjunto com regras, distinção esta que demandará relevante elucubração.

Da mesma forma, conclui Leonardo Carneiro da Cunha:

O reconhecimento dessa força normativa da Constituição, juntamente com a nova hermenêutica constitucional e com a ampliação da jurisdição constitucional, são os três elementos que viabilizaram a constitucionalização do direito, entendida como um fenômeno de expansão da aplicabilidade das normas constitucionais, cujo conteúdo axiológico se irradia, com força normativa, sobre todo o sistema jurídico. Os princípios constitucionais passam a condicionar a validade e o sentido de todo o ordenamento. (CUNHA, 2012, p. 9296)

Assim, não é possível que a análise do novo Código de Processo Civil, especialmente para entendê-lo como um efetivador das previsões constitucionais, não passe pela teoria constitucional ou mesmo pela teoria dos princípios, para que se diferencie o que é do que não é. Obviedades, por vezes, precisam ser ditas.

A TEORIA DOS PRINCÍPIOS: PARA ALÉM DO IMAGINÁRIO MITOLÓGICO BRASILEIRO

Dessas premissas, porém, não está autorizada a conclusão de que o novo Código de Processo Civil é uma mudança na teoria dos princípios do ponto de vista meramente acadêmico. É dizer: existe um viés prático muito mais acentuado nas mudanças trazidas pela nova legislação⁷. A teoria terá muito a ganhar ao ser (re)lembrada da normatividade dos princípios.

Aqui, repito a correta afirmação de Camilla Mattos Paolinelli, que ensina:

Essa intenção de harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal fica evidente nos dispositivos inaugurais do projeto (art. 1º a 12). Nesses, é louvável a preocupação com a aplicação dinâmica do contraditório como garantia de participação e influência, bem como com a isonomia, além da fundamentação das decisões e a duração razoável do processo. A redefinição dos limites do contraditório com o compartilhamento argumentativo entre partes e juiz, impede que o

⁷ O que não significa que todas essas mudanças sejam necessariamente positivas ou mesmo teoricamente corretas. Subsistiram teratologias ainda no novo Código de Processo Civil, sendo uma das mais gritantes e pertinentes ao presente artigo a previsão da possibilidade de ponderação em caso de colisão de *normas* (art. 489, §2º)! Em caso de conflito de normas, não se deve partir para o critério da ponderação (*Abwägung*), mas sim observar se estamos diante de um princípio (neste, aplicar-se-á a lei de colisão – ALEXY, 1993, p. 90-95) ou uma regra (para esta, a declaração da invalidade de uma delas – ALEXY, 1993, p. 88).

magistrado surpreenda as partes com argumentos decisórios não submetidos ao debate. Nesse sentido, destacam-se a redação dos artigos 5º e 10 do projeto - o primeiro consagra a chamada formação participada do mérito, garantindo às partes a possibilidade de participação efetiva (contraditório como garantia de influência) na construção do pronunciamento decisório, enquanto o segundo tem a pretensão de evitar as chamadas decisões – surpresa. (PAOLINELLI, 2013, p. 51-52)

Barbosa Moreira afirma que o tratamento mais carinhoso para com os assuntos processuais pela Constituição de 1988 mostra que, ao dar assento firme a essas preocupações, faz com que elas fiquem imunizadas dos humores “às vezes caprichosos do legislador ordinário” (MOREIRA, 1997, p. 195). E César Landa arremata:

Com efeito, os direitos fundamentais são valiosos na medida em que contam com garantias processuais, que permitem opô-los não apenas perante os tribunais, mas também perante a administração e inclusive entre particulares e nas casas parlamentares. A tutela dos direitos fundamentais mediante o processo conduz a duas coisas: primeiro, que se garanta o direito ao devido processo legal material e formal dos cidadãos, segundo, que o Estado assegure a tutela jurisdiccional.

Dessa maneira, a tutela judicial e o devido processo legal se incorporam ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, como elementos do núcleo duro deles. Permitindo desta maneira que, a um direito corresponda sempre um processo e que um processo suponha sempre um direito; porém, em qualquer deles supostas su validez y eficacia la defina su respeto a los derechos fundamentales.⁸ (LANDA, 2002, p. 446)

Neste ponto, Lênio Streck é irretocável:

Portanto, é equivocado pensar que os princípios constitucionais representam a positivação dos valores. O Direito é um sistema formado por regras (preceitos) e princípios. Ambos são normas. A diferença entre a regra e o princípio é que este está contida naquela, atravessando-a, resgatando o mundo o mundo prático. Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo – o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro

⁸ No original: “En efecto, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que cuentan con garantías procesales, que permiten accionarlos no sólo ante los tribunales, sino también ante la administración e incluso entre los particulares y las cámaras parlamentarias. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos y, segundo, que el Estado asegure la tutela jurisdiccional.

De esa manera, la tutela judicial y el debido proceso se incorporan al contenido esencial de los derechos fundamentales, como elementos del núcleo duro de los mismos. Permitiendo de esta manera que, a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho; pero, en cualquiera de ambos supuestos su validez y eficacia la defina su respeto a los derechos fundamentales.” (tradução minha)

(aqui, o antidualismo entra como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno). (STRECK, 2014, p. 170)

Além disso, não pode restar sem menção a tormentosa questão da separação do direito e da moral, na esteira da primeira afirmação de Lênio Streck *supra*. Essa problemática não é despicienda para a análise, pois uma vez que princípios também são normas, é necessário se perguntar sobre a (não) influência da moral no direito, porquanto a eficácia deles está condicionada à análise em tela.

Aqui, muito oportuna a análise de Luigi Ferrajoli sobre o dissídio, postulando que a pretensão de correção do Direito pela moral, ou mesmo de um mínimo ético, não é mais que jusnaturalismo. Não significa que a tese jusnaturalística seja de menor importância, mas que numa análise dos princípios constitucionais, inarredável a premissa de que eles não podem estar no bojo de uma consciência coletiva tão abstrativizada. Eis a lição de Ferrajoli:

A tese de que todo ordenamento jurídico satisfaz objetivamente alguma «pretensão de correção» e algum «mínimo ético» — de tal modo que Direito e moral estariam conectados, e a justiça, ao menos em uma mínima medida, seria uma característica necessária do Direito e uma condição de validade das normas jurídicas—, não é mais que a velha tese jusnaturalista.⁹ (FERRAJOLI, 2011, p. 31)

Tal concepção do cognoscitivismo ético é incompatível com a noção de legalidade que aqui se prega para a efetiva tutela jurisdicional no campo do Direito Processual Civil e no novo CPC.

Tal constatação é importante, pois, no imaginário jurídico brasileiro, se criou a noção de princípios como pequenos enunciados plenipotenciários, com o fito de justificar decisões finalísticas e políticas, com a mesma pretensão de correção que Ferrajoli menciona. Não é por outro motivo que Lênio Streck identifica um pamprincipiologismo no Direito brasileiro, identificando alguns “princípios” no mínimo curiosos: princípio da simetria, princípio da confiança, princípio da inalterabilidade ou da invariabilidade da sentença, princípio do fato consumado, princípio da situação excepcional consolidada, princípio da confiança, dentre muitos outros (STRECK, 2014, p. 172-173). São efetivamente “princípios” com a mais clara pretensão retórico-corretiva, como se pretendesse, com a moral, corrigir o Direito.

⁹ No original: “La tesis de que todo ordenamiento jurídico satisface objetivamente alguna «pretensión de corrección» y algún «mínimo ético» —de modo tal que Derecho y moral estarían conectados, y la justicia, al menos en una mínima medida, sería un rasgo necesario del Derecho y una condición de validez de las normas jurídicas—, no es más que la vieja tesis iusnaturalista.” (tradução minha)

Nesse viés, veio com acerto o CPC-2015, ao deixar de apostar no paradigma que remonta ao século de XIX, apostando no protagonismo judicial. É a preleção de Lênio Streck:

Não é fácil acabar com os fantasmas de Oskar Bülow, Menger, Klein, Canelutti, Couture, Liebman e outros que continuam a atazanar a alma de alguns processualistas brasileiros. Trata-se de uma coagulação de sentidos. Os instrumentalistas – mormente eles – continuam a acreditar que a solução do processo está no “protagonismo judicial”. Nisso há um déjà vu, que nos remete ao século XIX.

Com efeito, lemos, nas últimas décadas, que a interpretação do direito é nitidamente dependente de um sujeito cognoscente: o julgador. E essa questão vem de longe; na verdade, da virada do século XIX para o século XX. Desde então, há um problema filosófico-paradigmático que continua presente nos diversos ramos do direito, passados dois séculos, mormente na problemática relacionada à jurisdição e ao papel destinado ao juiz – especialmente no processo civil. Desde Oskar Von Bülow – questão que também pode ser vista em Anton Menger e Franz Klein –, a relação publicística está lastreada na figura do juiz como um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, com poderes para além da lei, tese que viabilizou, na sequência, a Escola do Direito Livre. (STRECK, 2015, p. 36)

Noutro brilhante artigo, arremata:

Parece que, no Brasil, compreendemos de forma inadequada o sentido da produção democrática do direito e o papel da jurisdição constitucional. Tenho ouvido em palestras e seminários que “hoje possuímos dois tipos de juízes”: aquele que se “apega” à letra fria (sic) da lei (e esse deve “desaparecer”, segundo alguns juristas) e aquele que julga conforme os “princípios” (esse é o juiz que traduziria os “valores” – sic – da sociedade, que estariam “por baixo” da “letra fria da lei”). Pergunto: cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? Existem regras (leis ou dispositivos legais) desindexados de princípios? Cumprir a “letra da lei” é dar mostras de positivismo? Mas, o que é ser um positivista? (...)

Do mesmo modo, não apegar-se [sic] à letra da lei pode caracterizar uma atitude positivista ou antipositivista. Por vezes, “trabalhar” com princípios (e aqui vai a denúncia do panprincipiologismo que tomou conta do “campo” jurídico de terrae brasilis) pode representar uma atitude (deveras) positivista. Utilizar os princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais – sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) – é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD de Kelsen, quanto homenagear, tardiamente, o positivismo discricionarista de Herbert Hart. Não é desse modo, pois, que escapamos do positivismo. (STRECK, 2010, p. 169 e 171)

Esta crise paradigmática é visível até mesmo nos manuais de Direito Processual Civil. Observemos, em Humberto Theodoro Júnior: indica o autor que são alguns princípios do Direito Processual (THEODORO JR., 2015, p. 76-79) o *princípio lógico*, segundo o qual os atos devem sempre ser deliberados no âmago da racionalidade (ainda

bem!), o *princípio dialético*, que obriga a observância de critérios lógicos que não o das ciências exatas, para a melhor interpretação e adequação ao caso (a doutrina, como sempre, desvelando as profundezas do discurso jurídico), a *verdade real* (voltando alguns séculos na filosofia), o *princípio político*, para conformar o devido cumprimento, por suas decisões, às normas, princípios (sic) e valores (sic) com os quais a Constituição organiza o Estado Democrático de Direito (e o cumprimento estaria vinculado ao que senão às normas e princípios? – tautológica redação, não fosse suficiente apenas a obviedade – à consciência do juiz?), dentre alguns outros.

Por sua vez, Marinoni, Arenhart e Mitidiero são, e isso é elogiável, menos incisivos e efetivamente retrógrados na matéria, muito embora reconheçam o caráter axiológico dos princípios, em contraposição ao que aqui é defendido (MARINONI; ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 64-66).

Fredie Didier Júnior, igualmente, postula a existência de certos princípios com duvidosa qualidade deontológica, v.g., o *princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo* (de longe, o mais disparatado – DIDIER JR., 2016, p. 133-137) e o *princípio da proteção da confiança* (DIDIER JR., 2016, p. 142-145), muito embora menos “dogmaticamente” que Humberto Theodoro Júnior.

Enfim, a noção de princípios se desenvolveu à revelia da teoria que sobre eles existe. Isso dito, podemos analisar efetivamente os efeitos dos princípios aplicáveis ao Processo, que adquirem nova significação (como prefiro, *efetivação*).

PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS EM ESPÉCIE

A presente análise pode ficar dividida, para os princípios fundacionais do novo Processo Civil, em três grandes momentos: pré-processual, processual (*interna corporis*) e pós-processual. Quer dizer, existem princípios que balizam a esfera de direitos antes mesmo da existência do processo (como a inafastabilidade da jurisdição e, em certa medida, o devido processo legal, ao impedir a perda de bens e da liberdade sem ele), durante o processo (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, razoável duração, fundamentação das decisões *etc*) e pós-processual (a segurança jurídica, ao dispor que a lei não prejudicará ato jurídico perfeito, direito adquirido ou *coisa julgada*, assim como a eficácia *ex nunc* da legislação processual).

Entretanto, o espaço é exíguo para analisar exaustivamente todas as citadas modalidades, de modo que se faz necessário pinçar aquilo que sobressai no novo CPC

para substancial, embora sucinta, análise. Assim, compreendo salutar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da fundamentação das decisões para o presente momento, considerando suas mudanças muito alentadas e seus novos papéis dentro do novo Processo Civil, não diminuindo a importância processual de quaisquer outros.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Expressão oriunda do inglês (*due process of law*), tal princípio é tido como basilar e originário dos vários outros (isto é, o processo devido é aquele com contraditório, com ampla defesa, com razoável duração *etc*). A meu entender, trata-se de uma relação tida inversamente. Não é que o devido processo legal dê origem aos outros princípios constitucionalmente expressos, mas sim que a existência daqueles traz um limite semântico-normativo destinado à tutela do jurisdicionado (isto é, não há devido processo sem os demais princípios).

Segundo Renan Faria Krüger Thamay e Rafael Ribeiro Rodrigues,

pode-se afirmar que o devido processo se desenvolve quando em um determinado processo é assegurado às partes tratamento isonômico, contraditório e equilibrado, buscando um resultado efetivo, adaptado e convergente com os princípios e postulados da instrumentalidade do processo. Nesta hipótese restará, como observado, o devido processo legal. (THAMAY e RODRIGUES, 2016, p. 362).

Assim, incabível, compreendo eu, a análise do devido processo legal como um princípio autossuficiente semântica e normativamente. A expressão em si só tem significado à luz de uma interpretação sistemática de toda a Carta da República, que autoriza as ilações pertinentes ao devido processo.

Há, ainda, certa controvérsia sobre sua nomenclatura ser ou não adequada. Trago, para breve reflexão, o seguinte comentário:

A Constituição fala em devido processo legal (*due process of law*). A expressão é criticável em no mínimo duas frentes. Em primeiro lugar, porque remete ao contexto cultural do Estado de Direito (*Rechtsstaat*, *État Legal*), em que o processo era concebido unicamente como um anteparo ao arbítrio estatal, ao passo que hoje o Estado Constitucional (*Verfassungsstaat*, *État de Droit*) tem por missão colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo. Em segundo lugar, porque dá azo a que se procure, por conta da tradição estadunidense em que colhida, uma dimensão substancial à previsão (*substantive due process of law*), quando inexiste necessidade de pensá-la para além de sua dimensão processual no direito brasileiro. Daí a razão pela qual prefere a doutrina falar em direito ao processo justo (*giusto processo*, *procès équitable*, *fairen Verfahren*, *fair trial*) – além de culturalmente

consentânea ao Estado Constitucional, essa desde logo revela o cariz puramente processual de seu conteúdo. (MARINONI; ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 489-490)

Trata-se de escólio adequado à realidade constitucional, muito embora possa ultrapassar o sentido que a lei (*lato sensu*) provê ao processo, quando se o qualifica de *justo* e não *legalmente devido*. Todavia, compreendo como positiva a ponderação acerca do viés substancial do devido processo ser desnecessário.

O CONTRADITÓRIO EFETIVO

Para Daniel Neves, o contraditório é formado por três elementos: informação, reação e poder de influência (NEVES, 2016, p. 1). Afirma ele que o juiz deve informar as partes dos atos processuais eventualmente praticados, assim como as partes terem o poder de reagir, configurando um ônus processual destas. Assim, critica ele:

Não é feliz a redação do art. 9º, caput, do Novo CPC, ao prever que o juiz não proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Na realidade, não há qualquer ofensa em decidir-se sem que a outra parte tenha sido ouvida, já que a manifestação dela é um ônus processual. A única compreensão possível do dispositivo legal é de que a decisão não será proferida antes de intimada a parte contrária e concedida a ela uma oportunidade de manifestação. (NEVES, 2016, p. 1)

Por último, o poder de influência. O mesmo autor preleciona que é necessário, nos termos do art. 7º do CPC, que a informação seja “concretamente apta a influenciar a formação do convencimento do juiz” (*ibidem*), que, por sua vez, não é mais livre.

Significa, em outras palavras, a proibição das *sentenze della terza via*¹⁰, não submetidas a contraditório. Sobre isso, afirma, ainda, Fredie Didier Júnior que a “decisão-surpresa [*della terza via*] é decisão nula, por violação ao princípio do contraditório.” (DIDIER JR., 2016, p. 85)

¹⁰ “Sono chiamate sentenze “della terza via” quelle pronunce nelle quali il giudice decide in base a questioni rilevate d’ufficio non indicate alle parti nella fase del contraddittorio. La Suprema Corte ha fissato e ribadito, con una serie di tre decisioni, una massima che sancisce la nullità di queste particolari sentenze dette anche ‘a sorpresa’. Dalla prima sentenza Cass. Civ. , I, 21 novembre 2001, n. 14637 si giunge, passando per la pronuncia della II sezione n. 15705 del 27 luglio 2005 (che invece ritiene valida o quantomeno non nulla la sentenza ‘della terza via’), alla statuizione della III sezione n. 16577 del 5 agosto 2005 ove si ribadisce la nullità quando la questione non sollevata avrebbe comportato nuovi sviluppi della lite. Questa tendenza viene definitivamente confermata dalla sentenza della III sezione, 31 ottobre 2005, n. 21108.” (SOMAGGIO, 2007)

Com o novo CPC, o contraditório adquire uma nova roupagem; é dizer: o art. 10 prevê que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” Significa diferenciar cabalmente decisão *ex officio* de decisão *sem contraditório*. O exemplo mais comum (e igualmente mais criticado) é o do reconhecimento da prescrição: ora, é possível que a parte a quem a prescrição prejudica tenha fato interruptivo do prazo prescricional a argumentar, de modo que a extinção do processo sem a oitiva dela só poderá, via de regra, gerar a reavaliação do caso em grau recursal, o que é uma teratologia sem precedentes. É contraproducente, fazendo com que o processo renda menos.

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, quebrando a noção *defensiva* do contraditório:

Significa que a principal finalidade do contraditório deixou de ser a apresentação de defesa pelo réu, para passar a ser a influência no desenvolvimento e no resultado do processo, razão pela qual constitui direito não só do réu, mas também do autor. O contraditório constitui expressão da participação: todo poder, para ser legítimo, deve permitir a participação de quem poderá ser atingido com seu exercício. (CUNHA, 2012, p. 9310)

Ou seja, o contraditório deixa de ser visto de um ponto de vista quase beligerante, mas como expressão de um processo cooperativo (isto ser ou não um princípio é de se questionar pela teoria exposta *supra*).

O contraditório, da maneira como foi colocado no CPC-2015, demonstra a preocupação do legislador em produzir um processo que retire do juiz alguns de seus poderes (muito embora tenha havido uma ampliação deles na parte específica do Código).

NÃO HÁ DECISÃO SEM MOTIVAÇÃO

“O novo sempre perturba”, aponta Lênio Streck, e continua, com seu usual brilhantismo:

O NCPC causa estranhamento. Há dezenas de livros apresentando interpretações das mais variadas. Uns dizem que o código é perigoso para a magistratura, havendo juízes já de malas prontas para outros países (Estados Unidos e Rodésia, ao que me foi dito por ocasião de dois congressos). Outros preparam o drible da vaca hermenêutica, despistando uma aplicação mais efetiva. O artigo 489 não é feito para

o Brasil, brada-se em congressos e simpósios. Onde se viu exigir fundamentação esmiuçada? (STRECK, 2016, p. 122)

O novo Código Processual trouxe um dispositivo deveras polêmico, qual seja, o art. 489, §1º¹¹. É uma emanção do mandamento constitucional da fundamentação das decisões, norma de eficácia plena presente no art. 93, IX, da Lei Maior, há muito esquecida.

Parto para uma análise sumária, mas detida dos incisos.

O inciso I do referido dispositivo veda a mera indicação de ato normativo como fundamentação de uma decisão. É dizer, faz-se necessária a correlação entre a norma e a situação jurídica posta no processo para que esta seja considerada válida.

Já o segundo inciso proíbe a utilização de conceitos indeterminados sem a devida concretização. Posto de uma maneira clara: não se pode decidir sobre a proibição da caça com base na dignidade humana (STRECK, 2016, p. 125).

No inciso III, faz com que a decisão seja individualizada, não podendo haver modelos decisórios pré-definidos que se prestariam a qualquer justificação de decisão. Correlatamente ao inciso anterior, assim como existem conceitos plenipotenciários, podem existir justificativas plenipotenciárias.

No art. 489, §1º, IV, temos uma demonstração clara do contraditório efetivo, revelando o poder de influência das partes na formação da decisão judicial, já discutido *supra*.

¹¹ “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

Em V, trata-se de uma ampliação do que já estava exposto no inciso I, posto que se faz necessário correlacionar a situação jurídica concreta ao enunciado abstrato, e não se pode fazer isso performativamente.

Por último, é uma garantia da coerência e integridade do sistema jurídico processual, ao proibir que haja decisões solipsistas ignorando posicionamento trazido pela parte. Isto é, o *distinguishing* requer um ônus argumentativo maior do que a aplicação do precedente ou de jurisprudência, seja ela sumulada ou não.

A fundamentação exerce duas funções, uma *endo* e a outra *exoprocessual*:

Primeiramente, fala-se numa função endoprocessual, segundo a qual a fundamentação permite que as partes, conhecendo as razões que formaram o convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa, a fim de controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como para que os juízes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão.

Fala-se ainda numa função exoprocessual ou extraprocessual, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, ao povo. (DIDIER JR; BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 315)

Esta função exoprocessual, a meu entender, advém pelo fato do juiz não ser legitimado pelo voto, de modo que suas decisões não estão pautadas na legitimidade popular direta, mas por via de concurso público (art. 37 da CF), vedando eventual decisão *em nome do povo*, atividade esta atribuída aos representantes eleitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo CPC, assumidamente, surgiu com o desiderato de fazer uma efetiva mudança no sistema processual brasileiro que existia no Código Buzaid.

Assim, os dez primeiros artigos (principalmente, mas não apenas) do novo Código Processual demonstram uma preocupação (quiçá exagerada, muito embora em tempos estranhos, como gosta de dizer o Min. Marco Aurélio, preocupação com a CF jamais será exagerada) com a Constituição Federal e a aplicação de suas normas cogentes, esculpido no art. 1º do novo *codex*¹².

¹² “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os **valores** e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.” Acredito ser despiciendo tecer mais comentários

Vislumbra-se no CPC-2015 a possibilidade de olhar o Processo Civil com os olhos do novo (a CF de 1988). Há muito a se desenvolver, e muito a se melhorar, com certeza. A começar pelo fato do Código, antes mesmo de sua vigência, ter sido alterado de maneira açodada (Lei n. 13.256/2016) e inconsequente (Teresa Arruda Alvim afirma, publicamente, ser um *desaforo*), especialmente considerando a tramitação tão democrática que teve no tempo em que fora Projeto de Lei.

Quero acreditar que não se tratam de manifestações *anti-CPC*, com o fito de descaracterizá-lo, seja pela via legislativa ou judiciária. O código é um bom lembrete de que as leis devem ser aplicadas, salvo em algumas hipóteses (como inconstitucionalidade, nulidade parcial sem redução de texto – *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*, interpretação conforme – *Verfassungskonforme Auslegung* e outras).

Aguardemos. Olhemos o CPC com as lentes generosas da Constituição Federal. Todos nós sabemos, como o Conselheiro Acácio, que as consequências vêm depois!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
2. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: jul 2016.
3. CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, n. 9, ano 2, 2013, p. 9293-9327.
4. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.1.

acerca do termo que grifei e a ordem jurídico-constitucional, discutidas integralmente no presente artigo. Dentre as várias novidades que o Código introduziu, esta, somada à teratológica previsão da ponderação de normas (em vez de princípios), pode ser efetivamente considerada como um retrocesso na teoria dos princípios e da decisão (esta, que o Brasil já não tem).

5. _____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.2.
6. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, 2011, p. 15-53.
7. FUX, Luiz. O novo processo civil. *Revista TST*, vol. 80, n. 4, out-dez 2014, p. 264-290.
8. LANDA, César. El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. *Pensamiento Constitucional*, ano VIII, n. 8, 2002, p. 445-461.
9. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.
10. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do Processo Civil Brasileiro. In: *Temas de Direito Processual, sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 193-208.
11. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2016 e 13.256/2016*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.
12. PAOLINELLI, Camilla Mattos. O novo Código de Processo Civil: cogitações sobre os principais aspectos positivos e negativos da estrutura técnico-sistemática do projeto aprovado no Senado. *Redes*, v. 1, n. 1, nov. 2013, p. 49-65.
13. SOMMAGGIO, Paolo. La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica: Prime riflessioni per una teoria radicale. *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. 7, 2007, p. 71-119.
14. STRECK, Lênio Luiz. A fundamentação no NCPC: uma conquista democrática. *Revista do TRF3*, ano XXVII, n. 128, jan-mar 2016, p. 121-132.
15. _____. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. *Revista NEJ*, vol. 15, n. 1, jan-abr 2010, p. 158-173.
16. _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
17. _____. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 206, abr-jun 2015, p. 33-51.
18. THAMAY, Rennan Faria Krüger e RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Uma Primeira Análise Constitucional Sobre os Princípios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Doutrina Seleccionada: Parte Geral*. 2. ed. Salvador:

JusPodivm, 2016. v.1, p. 351-368.

19. THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v.1.

20. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recursos e rendimento do processo: problemas de hoje e soluções para o amanhã. *Revista do TRF3*, ano XXVII, n. 128, jan-mar 2016, p. 187-197.